

University of Groningen

Waarom het ne bis in idem van art. 68 lid 1 Sr vrijwel niet meer wordt toegepast

Krabbe, H.G.M.

Published in:

Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Krabbe, H. G. M. (2007). Waarom het ne bis in idem van art. 68 lid 1 Sr vrijwel niet meer wordt toegepast. In P. B.F. Keulen, P. G. Knigge, & M. H.D. Wolswijk (editors), *Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong* (blz. 267-288). Wolf Legal Publishers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Waarom het ne bis in idem van art. 68 lid 1 Sr vrijwel niet meer wordt toegepast

H.G.M. KRABBE^o

1. Inleiding

In art. 68 lid 1 Sr is opgenomen dat niemand andermaal kan worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de rechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba onherroepelijk is beslist. Deze bepaling stelt de voorwaarde dat de rechter in de eerste vervolging over het feit bij gewijsde heeft beslist. Dat is het geval als de rechter de verdachte in de eerste vervolging bij gewijsde heeft vrijgesproken, ontslagen van rechtsvervolging of veroordeeld.¹ Art. 68 Sr is ook van toepassing bij enkele gronden van niet-ontvankelijkheid van het OM.

Art. 68 Sr is niet van toepassing als een eerste procedure is geëindigd in een beslissing van een ander dan de strafrechter. Zie bijv. de wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, die waarschijnlijk in het najaar van 2007 in werking treedt. Doordat in deze wet aan het OM ruimere sanctiemogelijkheden worden toegekend dan voorheen, kan het aantal strafzaken afnemen dat bij de rechter aanhangig wordt gemaakt. De artt. 255 en 255a Sv voorzien in ne bis in idem regelingen met voorbehouden, als art. 68 Sr niet van toepassing is. In de verhouding tussen de bestuursrechtelijke boete en het strafrecht is art. 68 Sr evenmin van toepassing. In wetsvoorstel 29 702, over de aanvulling van de Awb, wordt hierin door de artt. 5.4.1.5. Awb en 243 lid 2 Sv voorzien. In de verhouding tussen de WAHV en het strafrecht behelpt de Hoge Raad zich anno 2007 nog steeds gedeeltelijk met een ne bis in idem, dat op het wettelijk stelsel wordt gebaseerd.

Deze bijdrage is beperkt tot art. 68 Sr omdat daarin het prototype is opgenomen van alle nationale ne bis in idem en una via regelingen. Het is bovendien de enige ne bis in idem bepaling die betrekking heeft op een feit waarover de rechter ook in de eerste vervolging bij gewijsde heeft beslist in een vonnis of arrest over een of meer vragen van art. 350 Sv. Deze beperking is verantwoord omdat de rechter exclusief bevoegd is vrijheidsontnemende sancties op te leggen, met het gevolg dat in ieder geval de zwaardere strafzaken ter zitting van de strafrechter aanhangig worden gemaakt.

Een van de voorwaarden van art. 68 Sr is dat beide vervolgingen dezelfde persoon betreffen. In het hiervoor representatieve arrest van de Hoge Raad van 17 september 2002, *NJ* 2002, 547 wordt niet aan die voorwaarde voldaan. Iemand anders

^o Universitair hoofddocent straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

¹ Waar in het vervolg over art. 68 Sr wordt gesproken is daarmee art. 68 eerste lid Sr bedoeld.

dan de verdachte wordt in de eerste vervolging ten onrechte veroordeeld ter zake van art. 7 WVV 1994, het als betrokkene bij een verkeersongeval de plaats van het ongeval verlaten. Daarna wordt de verdachte daarvoor vervolgd en veroordeeld. De veroordeling in de eerste vervolging verhindert niet dat de verdachte daarna ter zake van art. 7 WVV als werkelijke dader wordt vervolgd en veroordeeld. Het ne bis in idem van art. 68 Sr is niet van toepassing omdat daarvoor dezelfde persoon nodig is.

De rechter moet op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter zitting beslissen over de voorvragen van art. 348 Sv en over de hoofdvragen van art. 350 Sv. Op de grondslag van de tenlastelegging wordt in de huidige rechtspraak nog steeds betrekkelijk strikt uitgelegd. Het is aan de officier van justitie de tenlastelegging op te stellen, terwijl de rechter daaraan is gebonden. De trias politica is daarvoor het belangrijkste argument. De zelfstandige bevoegdheid van de rechter om veranderingen aan te brengen in de tenlastelegging is daarom nog steeds beperkt. De rechter kan kennelijke schrijffouten en vergissingen in de tekst van de tenlastelegging herstellen. Ook kan hij de tenlastelegging zelfstandig interpreteren. Hij mag de tenlastelegging echter niet zo uitleggen dat deze onverenigbaar is met haar bewoordingen. De daarbij van toepassing zijnde criteria kunnen zowel een juridisch als een feitelijk karakter hebben en zijn voor iedere deelvraag van de artt. 348 en 350 Sv anders. Dirk Herman de Jong, tot vandaag een zeer gewaardeerd hoogleraar van onze vakgroep en dat niet alleen vanwege zijn vakmanschap, heeft in zijn dissertatie 'De macht van de telastelegging in het strafproces' daarvoor criteria ontwikkeld en deze in vele latere publicaties uitgedragen en verfijnd. Als de rechter op de grondslag van de tenlastelegging beslist, is het bijv. mogelijk dat hij niet tot een door het OM beoogde veroordeling komt omdat de tenlastelegging dat niet mogelijk maakt. Dan kan het OM besluiten de verdachte nogmaals te vervolgen op basis van een tenlastelegging die een door het OM nagestreefde einduitspraak van de rechter alsnog mogelijk moet maken. Dat is in de regel een veroordeling. Of deze tweede vervolging ontvankelijk is, hangt af van de vraag of art. 68 Sr van toepassing is. Na een einduitspraak van de rechter in de eerste vervolging in de zin van art. 349 lid 1 Sv, zoals een nietigverklaring van de dagvaarding, stuit een tweede vervolging niet af op art. 68 Sr omdat in de eerste vervolging niet over het feit in de zin van art. 68 Sr is beslist. Maar na een beslissing over een of meer hoofdvragen van art. 350 Sv is dat wel het geval. Art. 68 Sr kan ook van toepassing zijn bij enkele gronden van niet-ontvankelijkheid van het OM, zoals die van art. 359a lid 1 Sv ten derde. Deze bepaling is van toepassing als er door een onherstelbaar verzuim in het vooronderzoek geen sprake meer is van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.

Een andere voorwaarde van art. 68 Sr is dat het eerste vonnis of arrest in kracht van gewijsde is gegaan.

Op 2 november 1996 is de Wet Vormverzuimen van 14 september 1995, *Stb.* 1995, 441 in werking getreden. Onder andere is toen de regeling van de wijziging van de tenlastelegging ingrijpend veranderd. Vóór de invoering van deze wet kon de tenlastelegging op grond van art. 313 lid 2 Sv slechts gewijzigd worden tot het requisitoir van de officier van justitie in eerste aanleg. Sinds 2 november 1996 is deze mogelijkheid aanzienlijk uitgebreid. Door het vervallen van de woorden 'voor het requisitoir in eerste aanleg' kan de rechter een wijziging van de tenlastelegging die na het requisitoir gevorderd wordt, ook toewijzen. Door de uitbreiding van art. 415 Sv naar o.a. art. 313 Sv is wijziging van de tenlastelegging eveneens mogelijk geworden in hoger beroep en na een verwijzing of terugwijzing door de Hoge Raad. Deze bijdrage heeft voor een groot deel betrekking op de door de invoering van de Wet Vormverzuimen verruimde mogelijkheid om de tenlastelegging te wijzigen als middel om te voorkomen dat de verdachte twee keer wordt vervolgd voor hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr. Dat gebeurt in de regel aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad die daarover vanaf 1998 in de Nederlandse Jurisprudentie is verschenen. Hoe groot de invloed is van de verruimde mogelijkheid dat de tenlastelegging ter zitting wordt gewijzigd op het voorkomen van een tweede vervolging zal blijken in paragraaf 4.

In dit verband kan er op worden gewezen dat het voordien ook af en toe gebeurde dat de officier van justitie een dagvaarding uitbracht ter zake van hetzelfde feit als waarop een eerder uitgebrachte dagvaarding betrekking had, waarvan de rechter in eerste aanleg de verdachte bijv. had vrijgesproken. Door in hoger beroep te gaan tegen dit laatste vonnis voorkwam de officier van justitie dat deze vrijspraak in kracht van gewijsde ging. Intussen bracht de officier van justitie een nieuwe dagvaarding uit bij de rechter in eerste aanleg ter zake van hetzelfde feit maar nu op basis van een tenlastelegging, waarin de gebreken van de eerste tenlastelegging waren hersteld. Dit wordt het inhaaldagvaarden genoemd. In HR 15 februari 1949, *NJ* 1949, 305 besliste de Hoge Raad voor het eerst dat deze handelwijze in het algemeen onverenigbaar is met de in de artt. 266, 311 en 313 Sv vastgelegde procesgang. Het OM werd daarom niet-ontvankelijk verklaard in de tweede vervolging. In latere rechtspraak verklaart de Hoge Raad deze gang van zaken in de regel in strijd met het systeem van de procesgang van het WvSv, met hetzelfde rechtsgevolg. Zie bijv. HR 11 april 1995, *DD* 1995 nr. 287. Van een verboden inhaaldagvaarding is geen sprake als de rechter de eerste dagvaarding nietig heeft verklaard wegens het niet of niet rechtsgeldig betekenen van de dagvaarding en tegen de niet verschenen verdachte geen verstek is verleend. Dat is een reden waarom de officier van justitie de betekening van de mededeling van het vonnis aan de verdachte achterwege mag laten conform art. 366 lid 1 Sv. De officier van justitie kan dan immers in het algemeen niet blijken of en wanneer de verdachte op de hoogte is geraakt van dit vonnis. Het is in dit geval volgens de Hoge Raad wel in overeenstemming met de beginselen van een goede procesorde dat de vervolging wordt voortgezet op de

grondslag van een nieuwe dagvaarding ter zake van hetzelfde feit. Zie bijv. HR 7 mei 1985, *NJ* 1985, 842. In de rechtspraak die tot stand is gekomen op basis van de Wet Vormverzuimen, zijn inhaaldagvaardingen niet meer nodig, omdat de tenlastelegging in elke fase van het onderzoek en ter zitting van elke feitenrechter kan worden gewijzigd, als er sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr.

2. De aanleidingen voor het meerdere keren vervolgen als voorwaarde voor de toepassing van art. 68 Sr lid 1 Sr, waaronder competentieregels

Art. 68 Sr functioneert in een context van regelingen en omstandigheden, die van invloed is op de vraag of het zover komt dat iemand twee keer voor hetzelfde feit wordt vervolgd, waardoor art. 68 Sr van toepassing kan zijn.

Het is voldoende hier te wijzen op twee soorten gevallen. Dat zijn enerzijds ongelukkig functionerende competentieregels en anderzijds ongelukkige afstemmingen van de tenlastelegging in de eerste vervolging op de omstandigheden van het geval of op de betrokken delictsomschrijving(en).

Bij de ongelukkig functionerende competentieregels is het onderscheid tussen de absolute competentie van de rechtbank en het kantongerecht lange tijd een belangrijke aanleiding geweest voor het twee keer vervolgen en voor de toepassing van art. 68 Sr. In de periode van 1886 tot 1932 zijn competentieregelingen zelfs veruit de belangrijkste aanleiding geweest voor de rechtspraak van de Hoge Raad over het meerdere keren vervolgen van hetzelfde feit, met alle gevolgen van dien voor art. 68 Sr.² Als de kantonrechter de verdachte in die tijd bijv. eerst had veroordeeld voor een overtreding, stuitte de vervolging daarna ter zake van een misdrijf in de lagere rechtspraak regelmatig af op het ne bis in idem van art. 68 Sr. Daarbij speelt een rol dat het feitsbegrip van art. 68 Sr in die tijd door een gedeelte van de rechtbanken en hoven werd uitgelegd als ‘dezelfde gedraging’. De Hoge Raad vergelijkt in die tijd de ten laste gelegde gedragingen en komt zo tot een minder ruime interpretatie van hetzelfde feit. In de loop van de tijd is deze bron van rechtspraak over art. 68 Sr vrijwel opgedroogd. De competentieregels zijn tegenwoordig zo ingericht, evenals het daarop afgestemde beleid van het OM, dat in het algemeen een tweede vervolging voor hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr wordt voorkomen. Zo geldt voor het OM tegenwoordig niet meer het legaliteitsbeginsel maar het opportuniteitsbeginsel bij de vraag of iemand vervolgd wordt. Het OM kan bijv. afzien van een vervolging van een overtreding, omdat de vervolging daarvan niet opportuun wordt geacht. Daardoor kan worden voorkomen dat de vervolging ter zake van een misdrijf bij de rechtbank niet-ontvankelijk moet worden verklaard op

² Zie hierover H.G.M. Krabbe, ‘Het feit in de ne bis in idem-regel tussen 1886 en 1932: de verrassende opvatting van de Hoge Raad’, in A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (liber amicorum G. Knigge), Nijmegen: WLP 2005, p. 331-346.

grond van art. 68 Sr. Hierbij wordt het OM tegenwoordig geholpen door een veel betere communicatie en coördinatie binnen de eigen organisatie, mede door de beschikbaarheid van adequate computerbestanden. Het enige mij bekende geval van de laatste tien jaren waarin de absolute competentie in verband met art. 68 Sr een rol speelt, is het arrest van het Hof Arnhem van 15 december 2005, VR 2006, 99. In deze zaak wordt de verdachte eerst door de kantonrechter bij gewijsde veroordeeld ter zake van art. 5 WVV 1994 vanwege een lange reeks zeer gevaarlijke gedragingen op de snelweg. Een onderdeel daarvan is het met zijn auto op deze snelweg tegen de rijrichting in, heel hard en heel gevaarlijk met gedoofde lichten rijden, terwijl botsingen zijn voorkomen doordat andere automobilisten op het allerlaatste moment een uitwijkmanoeuvre maken. Daarna wordt hij vervolgd bij de rechtbank voor een poging tot doodslag ter zake van het zojuist expliciet genoemde gedrag. In hoger beroep neemt het Hof Arnhem niet hetzelfde feit aan in de zin van art. 68 Sr, op basis van criteria die aansluiten bij die van de Hoge Raad in de zaak Tjoelker van 2 november 1999, NJ 2000, 17. Dat zal in paragraaf 4 blijken. Zo wijst het hof er op dat de voorschriften wezenlijk in strekking verschillen: art. 5 WVV 1994 is een verkeersovertreding, terwijl art. 287 Sr een misdrijf tegen het leven is. De strafmaxima van deze beide delicten lopen bovendien heel ver uiteen. Op art. 5 WVV 1994 is hechtenis gesteld van twee maanden of een geldboete van de tweede categorie, terwijl dat voor doodslag gevangenisstraf van vijftien jaar is of een geldboete van de vijfde categorie. Ten slotte loopt de aard van het verwijt met betrekking tot de strafbare gedragingen zodanig uiteen dat niet van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr kan worden gesproken. In dit geval komen de gedragingen van voor en na de wijziging van de tenlastelegging met elkaar overeen, maar lopen de toepasselijk geachte delictsomschrijvingen te ver uiteen.

Het is verder voor het twee keer vervolgen als gevolg van regelingen over de absolute competentie van belang dat tegenwoordig het kantongerecht een sector van de rechtbank is, terwijl in overeenstemming hiermee, bij een cumulatieve tenlastelegging van een misdrijf en een overtreding, op grond van art. 349 lid 2 Sv de mogelijkheid bestaat dat de overtreding, waarvoor de kantonrechter bevoegd is, door de rechtbank ambtshalve of op verzoek van de verdachte, wordt *verwezen* naar de sector kanton. Door deze verwijzing wordt de eerste vervolging voortgezet en wordt voorkomen dat art. 68 Sr van toepassing kan zijn. Bij de relatieve competentie tussen die van de commune en de economische kamers van de rechtbank biedt art. 39 WED een goed voorbeeld van een verbeterde competentieregeling. Art. 39 lid 1 WED is namelijk in de loop van de tijd zo veranderd dat de economische kamers van de rechtbank tegenwoordig ook commune strafbare feiten kunnen berechten als de rechtbank de bevoegde rechter is. De voorwaarde is dat de beide soorten strafbare feiten in samenhang met elkaar zijn begaan. In het derde lid van deze bepaling wordt de omgekeerde situatie geregeld. Daardoor worden verwikkelingen over de competentie tussen de commune kamers en de economische kamers van de

rechtbank in de regel voorkomen evenals een tweede vervolging. Art. 68 Sr kan dan ook niet van toepassing zijn. Al met al komt het tegenwoordig vrijwel niet meer voor dat verwikkelingen over het ne bis in idem worden opgeroepen door ongelukkige regelingen over de absolute of relatieve competentie van de strafrechter en het daarop afgestemde vervolgingsbeleid van het OM. Ik heb in de Nederlandse Jurisprudentie van de afgelopen tien jaren geen enkel arrest van de Hoge Raad aangetroffen waarin art. 68 Sr een tweede vervolging uitsluit naar aanleiding van ongelukkig functionerende competentieregels.

Terzijde merk ik op dat hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr in de internationale context af en toe rechtspraak oplevert in verband met competentieverwikkelingen tussen Nederland en een ander land. Zie bijv. HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 331. In deze zaak verklaart de Hoge Raad de uitlevering op verzoek van een Oostenrijkse rechter op grond van art. 9 EUV ontoelaatbaar omdat bij een vervolging in Nederland hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr aanwezig zou zijn en beginselen van een goede procesorde zich er tegen zouden verzetten de verdachte in Nederland nogmaals te vervolgen. Vgl. ook HR 7 december 2004, *NJ* 2005, 71. De omstandigheid dat art. 68 Sr van toepassing zou zijn bij een vervolging in Nederland levert in deze arresten het argument op voor het niet toelaten van een uitlevering op grond van art. 9 EUV.³

3. Kennelijke mislagen in de aanvankelijke tenlastelegging en de interpretatie van de tenlastelegging door de rechter

In deze paragraaf komen enkele arresten van de Hoge Raad in de periode vanaf 1998 aan bod over de ruimte die de rechter heeft om eigenmachtig kennelijke vergissingen in de tenlastelegging te herstellen en de tenlastelegging te interpreteren zonder de grondslag van de tenlastelegging te verlaten. Daardoor kan een tweede vervolging worden voorkomen en daarmee tevens de mogelijke toepassing van art. 68 Sr.

Ik noem eerst enkele voorbeelden van het herstel van kennelijke vergissingen in de tenlastelegging. In het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2005, *NJ* 2006, 37 leest het Gerechtshof Amsterdam in hoger beroep de woorden een telefoonkabel 'door/kapot knippen' verbeterd als een telefoonkabel 'doorzagen' en ziet hierin het herstel van een kennelijke vergissing van de tenlastelegging. De Hoge Raad acht dit feitelijke oordeel niet onbegrijpelijk. Voor de Hoge Raad is het van belang dat het gaat om een aanpassing van de tenlastelegging van ondergeschikte betekenis, die geen wezenlijke wijziging in de feitelijke omschrijving van het feit tengevolge heeft. In het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2006, *NJB* 2006, afl. 11, p. 655

³ Art. 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst, waarin een internationale werking aan het ne bis in idem wordt toegekend, vormt inmiddels een nieuwe bron van rechtspraak, ditmaal ter afstemming van vervolging tussen de verschillende aangesloten landen.

wijst het Hof Amsterdam een door de A-G in hoger beroep gevorderde wijziging van de tenlastelegging toe op grond van art. 313 lid 2 Sv door de verandering van de Vechteinlaan in de Vechtensteinlaan. De Hoge Raad is van oordeel dat dit in wezen een verbeterde lezing van een kennelijke schrijffout is en staat deze correctie toe omdat de verdachte daardoor niet in enig te respecteren belang is geschaad. Ook zonder wijziging van de tenlastelegging is de rechter hiertoe immers bevoegd. In het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 1998, *NJ* 1999, 89 ligt de zaak iets ingewikkelder. Het Hof Den Bosch wijst in hoger beroep een door de P-G gevorderde wijziging van de tenlastelegging op grond van art. 313 lid 2 Sv toe waardoor de plaatsnaam Weert, gemeente Meerssen wordt beperkt tot Weert. Daardoor wordt een innerlijk tegenstrijdige plaatsaanduiding in de tenlastelegging opgeheven. Bij de Hoge Raad bestaat op basis van de akte van uitreiking van de dagvaarding in eerste aanleg het ernstige vermoeden dat deze dagvaarding is uitgegaan vóór de inwerkingtreding van de Wet Vormverzuimen op 2 november 1996 en als dat het geval is kan de tenlastelegging in hoger beroep niet worden gewijzigd. Toch slaagt het middel niet omdat deze wijziging van de tenlastelegging volgens de Hoge Raad in wezen de correctie is van een kennelijke verschrijving, terwijl de verdachte door de verbeterde lezing van de tenlastelegging niet in enig te respecteren belang is geschaad. De wijziging van de tenlastelegging was in de opvatting van de Hoge Raad dus niet het juiste middel om deze correctie te realiseren. In dit geval zou, zonder het herstel van de tegenstrijdige plaatsaanduiding, wellicht een nietigheid van de dagvaarding zijn gevolgd. Een tweede vervolging zou geen niet-ontvankelijkheid van het OM ten gevolge hebben op grond van art. 68 Sr, omdat de nietigverklaring van de dagvaarding geen beslissing is in de zin van art. 350 Sv.

De rechter heeft ook een zekere speelruimte bij de uitleg van de tenlastelegging. Deze bestaat hierin dat hij de tenlastelegging zelfstandig kan interpreteren, zonder dat daarvoor een wijziging van de tenlastelegging nodig is. Als essentiële juridische begrippen, die mede een feitelijke betekenis hebben, in de tenlastelegging ontbreken, beoordeelt de Hoge Raad slechts marginaal of het al dan niet verbeterd lezen van de tenlastelegging door de feitenrechter mogelijk is. In het arrest van de HR van 15 februari 2005, LJN: AR6569 is na de vermelding van de tijd en de plaats, in de tenlastelegging opgenomen dat de verdachte vuurwerk heeft afgestoken in de nabijheid van het slachtoffer, ten gevolge waarvan deze zwaar lichamelijk letsel heeft bekomen en pijn heeft ondervonden. Als wettelijke voorschriften vermeldt de tenlastelegging de artt. 300 lid 1 en 2 Sr. De woorden ‘opzettelijk mishandelend’ van art. 300 eerste en tweede lid Sr, die mede een feitelijke betekenis hebben, ontbreken echter in de tenlastelegging en de bewezenverklaring van het hof. De Hoge Raad is van oordeel dat het hof de tenlastelegging kennelijk zo heeft geïnterpreteerd dat daarin het ‘opzettelijk mishandelend’ is opgenomen. Deze uitleg van de tenlastelegging door het hof is volgens de Hoge Raad niet onverenigbaar met haar bewoordingen. Hetzelfde gebeurt in HR 19 september 2006, LJN: AX9184 waarin de

tenlastelegging is afgestemd op belaging, art. 285b Sr. Het woord ‘stelselmatig’ van deze bepaling, dat mede een feitelijke betekenis heeft, ontbreekt met zoveel woorden in de tenlastelegging. Volgens de Hoge Raad heeft het hof de tenlastelegging kennelijk zo verstaan dat de verdachte stelselmatig heeft gehandeld gelet op de aard en de frequentie van de in de tenlastelegging vermelde gedragingen. In deze beide gevallen schrijft de Hoge Raad een kennelijke interpretatie toe aan het hof, terwijl deze interpretatie volgens de Hoge Raad voor de hand ligt, mede omdat de tenlasteleggingen verwijzen naar de toepasselijk geachte bepalingen van het WvSr conform art. 261 lid 1 tweede zinsdeel Sv. Deze beide recente arresten wijzen er op dat de Hoge Raad er tegenwoordig minder problemen mee heeft aan hoven een kennelijke interpretatie van de tenlastelegging toe te schrijven als wettelijke begrippen, die mede een feitelijke inhoud hebben, in de tenlastelegging ontbreken. Voorwaarde is dat het voor de hand ligt dat deze begrippen deel uitmaken van de tenlastelegging, gelet op de context van de tenlastelegging en einduitspraak van de rechter.

De in deze paragraaf genoemde voorbeelden bieden de feitenrechter de ruimte om kennelijke misslagen in de tenlastelegging te herstellen en de tenlastelegging zelfstandig te interpreteren. De Hoge Raad levert daaraan een eigen bijdrage door aan het hof een interpretatie van de tenlastelegging toe te schrijven die voor de hand ligt gelet op de context van het arrest van het hof.

4. De wijziging van de tenlastelegging ter zake van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr

4.1 Inleiding

In de regel ziet de rechter geen mogelijkheid ambtshalve op een van de in paragraaf 3 genoemde manieren om te gaan met de tenlastelegging, waardoor ‘ongelukken’ in de tenlastelegging kunnen worden voorkomen. Dan blijft nog één manier over waarop de rechter, maar nu op vordering van het OM, tot het tussenvonnis kan komen dat aan de tenlastelegging zo mag worden ‘gesleuteld’ dat wordt voorkomen dat een einduitspraak volgt die het OM niet beoogt. Die manier is de wijziging van de tenlastelegging op grond van art. 313 Sv, die de rechter op vordering van het OM kan toe- of afwijzen.⁴ Een ongelukkig ingerichte tenlastelegging kan samenhangen met een onjuist gebleken beoordeling door het OM van de feiten of van het recht. Ook is het mogelijk dat ter terechtzitting nieuwe omstandigheden naar voren komen. Ten slotte kan het OM het alsnog opportuun achten dat de tenlastelegging wordt gewijzigd. Omdat het verschil tussen deze verschillende soorten aanleidin-

⁴ De bevoegdheid van het OM op grond van art. 312 Sv de tenlastelegging mondeling aan te vullen vanwege een ter zitting gebleken wettelijke strafverzwarringsgrond wordt sinds de zestiger jaren van de vorige eeuw niet meer gebruikt. Het ten laste gelegde gronddelict biedt het OM sindsdien kennelijk voldoende armslag ter zitting de noodzakelijk geachte straf te vorderen.

gen in veel gevallen niet goed is te achterhalen, worden zij gezamenlijk besproken. De gebondenheid van de rechter aan de tenlastelegging heeft voor de wetgever als uitgangspunt gegolden bij de opnemingsartikelen 313 en 314 van het WvSv van 1926. Daardoor kon de tenlastelegging gewijzigd worden tot het requisitoir van de officier van justitie in eerste aanleg. De MvT bij art. 306 van het ORO van de WvSv van 1926 p. 152-153 merkt hierover op dat de wijziging van de tenlastelegging nodig is om tegemoet te komen aan het bezwaar dat vaak personen moesten worden vrijgesproken of ontslagen van alle rechtsvervolgning, omdat hetgeen ter zitting was gebleken meer met de realiteit overeenstemde maar de tenlastelegging daarmee niet spoorde. Een ander argument voor de wijziging van de tenlastelegging was dat een dagvaarding soms aan een inwendig gebrek leed en de nietigheid moest worden uitgesproken, hoewel dit gebrek door een wijziging van de tenlastelegging kon worden hersteld. Verder kon door de introductie van de wijziging van de tenlastelegging worden voorkomen dat de officier van justitie voor alle mogelijke ankers gaat liggen in de vorm van subsidiaire tenlasteleggingen. Ten slotte werd verwacht dat de officier van justitie, door de introductie van de wijziging van de tenlastelegging, de tenlastelegging minder kwalificatief zou inrichten. Van deze argumenten vóór de invoering van de wijziging van de tenlastelegging heeft alleen het eerste argument zijn waarde bewezen.

Dit argument is sterker geworden doordat de Wet Vormverzuimen de wijziging van de tenlastelegging mogelijk heeft gemaakt in elke fase van het onderzoek ter zitting van alle feitenrechters. In paragraaf 4 zal blijken dat sindsdien de meeste wijzigingen van de tenlastelegging in hoger beroep hebben plaatsgevonden.

Het OM vordert ter zitting de wijziging van de tenlastelegging op grond van art. 313 lid 1 Sv, terwijl de rechter die vordering kan toe- of afwijzen. Art. 313 lid 2 tweede zin Sv bepaalt dat de vordering tot wijziging van de tenlastelegging in ieder geval niet wordt toegelaten als de tenlastelegging daardoor niet meer hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr inhoudt. In HR 22 september 1998, *NJ* 1999, 8 bestaat de wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep uit een nadere concretisering van een ten laste gelegde vernieling. Volgens de Hoge Raad is de opvatting van het middel niet juist dat deze eenvoudige wijziging van de tenlastelegging in deze late fase van het proces niet meer kan worden toegewezen. Het *wettelijk* vereiste van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr is voor de rechter in die tijd de enige maatstaf voor het toewijzen van een vordering tot wijziging van de tenlastelegging. Idem bijv. de zaak Tjoelker van 2 november 1999, *NJ* 2000, 174. In HR 18 april 2000, *NJ* 2001, 352 m.n. Kn. heeft de tenlastelegging in hoger beroep betrekking op het openlijk in vereniging plegen van geweld (art. 141 Sr), door meerdere personen op een gewelddadige wijze met verschillende voorwerpen te raken en/of te treffen. De P-G vordert in hoger beroep een vrijspraak omdat z.i. het raken of treffen niet bewezen kan worden. Het hof schorst echter het onderzoek ter zitting om een getuige te ho-

ren. In zijn requisitoir na het heropende onderzoek vordert de P-G alsnog de wijziging van de tenlastelegging op grond van de ter zitting afgelegde verklaring van de getuige. De wijziging houdt in dat aan de tenlastelegging wordt toegevoegd het met in de aanvankelijke tenlastelegging opgenomen voorwerpen achterna rennen van en/of het dreigend opdringen tegen deze personen. Het hof wijst de vordering van de P-G toe. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof niet, omdat het recht niet is geschonden. Knigge wijst er in zijn noot op dat de Hoge Raad in dit arrest de wijziging van de tenlastelegging voor het eerst beoordeelt aan de hand van het *recht*. Daartoe behoren ook de beginselen van een goede procesorde en art. 6 van het EVRM. In dit geval gaat het om de beginselen van een goede procesorde. Deze beginselen brengen volgens de Hoge Raad in dit geval niet met zich mee dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat de P-G aanvankelijk een vrijspraak heeft gevorderd. De verklaring van de getuige kan voor de P-G de reden zijn geweest de wijziging van de tenlastelegging alsnog te vorderen, terwijl de rechter die vordering kan toewijzen.

Veel ruimte voor beginselen van een goede procesorde ziet de Hoge Raad bij de wijziging van de tenlastelegging niet. Een half jaar later blijkt dat al uit het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 2000, *NJ* 2001, 12. De rechtbank wijst in hoger beroep, na twee schorsingen van het onderzoek ter zitting om getuigen op te roepen, die beide keren niet ter terechtzitting zijn verschenen, de vordering tot wijziging van de tenlastelegging van de officier van justitie toe. Aan de tenlastelegging van de overtreding van art. 30 lid 1 WAM, het als kentekenhouder laten deelnemen aan het verkeer van een motorrijtuig zonder WA-verzekering, wordt subsidiair toegevoegd de overtreding van art. 30 lid 2 WAM, het als kentekenhouder niet afgesloten hebben van een WA-verzekering. In het middel wordt gesteld dat het onderzoek ter zitting na de laatste heropening betrekking heeft op het alsnog horen van de getuigen, die echter niet ter zitting zijn verschenen. Volgens het middel mag de verdachte er na de tweede schorsing dan ook op vertrouwen dat de officier van justitie niet meer een wijziging van de tenlastelegging zou vorderen omdat geen nieuwe omstandigheden zijn gebleken. De Hoge Raad doet het middel af op grond van art. 101a RO, het huidige art. 81a RO. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad niet veel ruimte zag voor beginselen van een goede procesorde bij de wijziging van de tenlastelegging. De wet, in de vorm van het feitsbegrip van art. 68 Sr, is daardoor dé maatstaf gebleven voor het al dan niet toewijzen van een vordering tot wijziging van de tenlastelegging.

4.2 De wijziging van de tenlastelegging is slechts toegestaan binnen de grenzen van hetzelfde feit in de zin van art. 68 lid 1 Sr; de criteria van de Hoge Raad in de Tjoelkerzaak.

Volgens art. 313 lid 2 tweede zin Sv kan de rechtbank in geen geval een wijziging van de tenlastelegging toelaten als de tenlastelegging daardoor niet langer hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr inhoudt. De tenlastelegging kan volgens art. 313 lid 1 Sv tijdens het hele onderzoek ter zitting in eerste aanleg worden gewijzigd. Ook in hoger beroep en na een terug- of verwijzing door de Hoge Raad kan de tenlastelegging worden gewijzigd omdat art. 415 Sv art. 313 Sv van toepassing verklaart. Beginnen van een goede procesorde en art. 6 van het EVRM hebben in de opvatting van de Hoge Raad vrijwel geen toegevoegde waarde, zoals in de vorige paragraaf is gebleken.

Het arrest van de Hoge Raad van 2 november 1999, NJ 2000, 174, de zaak Tjoelker, m.nt. JdH, wordt na de inwerkingtreding van de Wet Vormverzuimen, in het kader van de wijziging van de tenlastelegging, alom gezien als het representatieve voorbeeld van de rechtspraak van de Hoge Raad over de uitleg van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr. In deze zaak probeert Tjoelker als passant een escalerende ruzie op straat tussen twee groepen jongeren te sussen. Een deel van de jongeren keert zich echter tegen hem en takelt hem zo zwaar toe dat hij overlijdt. In eerste aanleg wordt een van hen vervolgd, primair voor het openlijk met verenigde krachten plegen van geweld tegen Tjoelker, zijn dood tengevolge hebbend, art. 141 lid 2 sub 3 Sr, subsidiair voor art. 141 lid 1 Sr zonder vermelding van het gevolg van de dood en meer subsidiair voor het deelnemen aan een vechterij, de dood tengevolge hebbend, art. 306 sub 2 Sr. In hoger beroep wordt de tenlastelegging zo gewijzigd dat de oorspronkelijke tenlastelegging wordt aangevuld met primair het medeplegen van doodslag, art. 287 Sr, subsidiair het medeplegen van zware mishandeling de dood ten gevolge hebbend, art. 302 lid 2 Sr, en meer subsidiair het medeplegen van mishandeling de door ter gevolge hebbend, art. 300 lid 3 Sr. Het Hof wijst de wijzigingen toe ‘aangezien zowel het aanvankelijk telastegelegde feitencomplex als het feitencomplex zoals dat omschreven is in de vordering wijziging telastelegging eenheid van tijd en plaats vertoont en er voorts sprake is van een wezenlijke samenhang in de verwijten die in de telastelegging worden gemaakt.’ De Hoge Raad overweegt dat in het arrest van het hof de maatstaf ligt besloten dat het hof heeft gelet op de *verwantschap* tussen de verschillende delictsomschrijvingen waarop de oorspronkelijke tenlastelegging en de wijziging daarvan zijn toegesneden. Niet nodig is volgens de Hoge Raad dat de strekking van de verschillende delictsomschrijvingen dezelfde is. ‘Een wijziging zou echter ontoelaatbaar zijn als de strekking van de verschillende delictsomschrijvingen wezenlijk zou uiteenlopen.’ Daarom staat voor de Hoge Raad in de Tjoelkerzaak het openlijke en collectieve karakter van art. 141 Sr er niet aan in de weg dat aan de juridische kant hetzelfde feit wordt aangenomen met de door de wijziging van de tenlastelegging toegevoegde

geweldsmisdrijven. Uit dit arrest blijkt dat het niet nodig is dat de delicten van voor en na de wijziging van de tenlastelegging in dezelfde Titel staan en vrijwel dezelfde of soortgelijke strekking hebben.

Verder ligt volgens het arrest van de Hoge Raad in de Tjoelkerzaak in het feitsbegrip van art. 313 lid 2 Sv een feitelijk criterium besloten. De in de oorspronkelijke tenlastelegging en de door de wijziging verweten gedragingen moeten zijn begaan “onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in art. 313 tweede lid Sv opgenomen beperking, die naar art 68 Sr verwijst, meebrengt dat de gevorderde wijziging toelaatbaar is.” In de Tjoelkerzaak ligt het accent op de feitelijke kant van hetzelfde feit, met ingrijpende gevolgen voor de juridische kant.

De Hullu wijst er in zijn noot bij dit arrest terecht op dat in de opvatting van de Hoge Raad ‘een gelijksoortige strekking’ van de beide delictsomschrijvingen geen deel uitmaakt van het juridische criterium van hetzelfde feit. Dat bij art. 141 Sr de openbare orde meer van belang is dan bij de door de wijziging toegevoegde misdrijven leidt z.i. niet tot een wezenlijk verschillend karakter van de delictsomschrijvingen of in de terminologie van de Hoge Raad niet tot een wezenlijk uiteenlopende strekking van de delictsomschrijvingen.

Ook gebruikt de Hoge Raad de woorden ‘gelijksoortig verwijt’ niet (meer). Volgens De Hullu kan die ‘vrij onduidelijk voorwaarde’ worden gemist. Indien ermee bedoeld wordt op gelijksoortige subjectieve bestanddelen en vergelijkbare strafmaxima, dan ligt dat vereiste naar zijn mening reeds besloten in de vereiste juridische verwantschap en in de feitelijke eis van de samenhang in het handelen en de schuld. Zo kan volgens De Hullu de invulling van het feitsbegrip aan eenvoud en helderheid winnen.

In aansluiting bij het arrest van de Hoge Raad inzake Tjoelker overweegt de Hoge Raad in het arrest van 24 december 2002, *NJ* 2003, 245 dat – kort gezegd – de feitelijke en de juridische kant van het feitsbegrip als elkaar aanvullende voorwaarden van het feitsbegrip van art. 68 Sr én van art. 313 lid 2 Sv moeten worden beschouwd. Samen bepalen zij of hetzelfde feit in de zin van deze beide bepalingen kan worden aangenomen.

4.3 Rechtspraak waarin de periode van de gedragingen verlengd wordt door de wijziging van de tenlastelegging

In verschillende arresten van de Hoge Raad komt bij de wijziging van de tenlastelegging het feitelijke onderdeel van hetzelfde feit ‘*een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid*’ aan bod, al dan niet samen met andere onderdelen van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr en van art. 313 Sv.

In het arrest van de Hoge Raad van 29 januari 2002, *DD* 2003, p. 539, wijst een hof de vordering van de A-G tot wijziging van de tenlastelegging af, dat aan een ten-

lastelegging, afgestemd op het opzettelijk vervaardigen van XTC, wordt toegevoegd 'in ieder geval het opzettelijk aanwezig hebben van XTC'. Het hof ziet hierin niet hetzelfde feit omdat het vervaardigen en aanwezig hebben van XTC zich niet gelijktijdig kunnen voordoen. Voor het aanwezig hebben is immers eerst het vervaardigen nodig. In de opvatting van de Hoge Raad had het hof, aan de feitelijke kant van het feitsbegrip, conform het Tjoelkerarrest, moeten nagaan of de verweten gedragingen vóór en na de wijziging van de tenlastelegging zijn begaan 'onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen' dat hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr en van art. 313 lid 2 Sv aangenomen moet worden. Dat is aan de feitelijke kant een ruimer criterium dan dat van de gelijktijdigheid van het hof. Het hof heeft daarom blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.

In het arrest van de Hoge Raad van 2 juli 2002, *NJ* 2002, 536 is de verdachte aanvankelijk het deelnemen aan een criminele organisatie ten laste gelegd in de periode van 15 november 1997 tot en met 27 maart 1998. De rechtbank wijst de vordering van de officier van justitie toe dat de tenlastelegging door een wijziging van de tenlastelegging wordt verruimd met de aan de oorspronkelijk ten laste gelegde voorafgegane periode van 1 maart 1993 tot 15 november 1997. Dat is meer dan vier en een half jaar! In hoger beroep beslist het hof op basis van de gewijzigde tenlastelegging en overweegt dat het deelnemen aan een criminele organisatie een voortdurend delict is, terwijl de tenlastelegging na de wijziging dezelfde deelnemers⁵ en soortgelijke gedragingen betreft als voor de wijziging en komt daarom tot hetzelfde feit. De Hoge Raad overweegt dat het hof hiermee geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

In het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2002, *NJ* 2003, 245, m.nt. YB wordt aan het aanvankelijk ten laste gelegde (telkens) buiten echt plegen van ontucht met iemand die nog geen zestien jaar is (art. 247 lid 1 Sr) door een wijziging van de tenlastelegging toegevoegd het (telkens) plegen van ontucht met iemand wiens geestvermogens gebrekkig zijn ontwikkeld of ziekelijk zijn gestoord (eveneens art. 247 lid 1 Sr), het (telkens) plegen van ontucht met een aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige (art. 249 lid 1 Sr) en het (telkens) door misbruik van feitelijk overwicht bewegen van een minderjarige tot ontuchtige handelingen (het vroegere art. 248ter eerste lid, het huidige art. 248a Sr). Deze wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep is waarschijnlijk nodig omdat het slachtoffer inmiddels 16 jaar

⁵ Het vereiste van 'dezelfde deelnemers' wordt in de rechtspraak over de uitleg van het feitsbegrip in artikel 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst, door het Hof van Justitie niet gesteld, zie HvJ 28 september 2006 (Van Straaten) r.o. 49: 'Wat delicten in verband met verdovende middelen betreft, is niet vereist dat de hoeveelheden drugs in de twee overeenkomstsluitende staten of de van deelneming aan de feiten in de twee staten verdachte personen, gelijk zijn.'

is geworden.⁶ Met het oog daarop wordt de aanvankelijk ten laste gelegde periode van 1 december 1991 tot en met 17 augustus 1992 verlengd tot en met 19 juli 1993. Het hof neemt hetzelfde feit aan. Het middel komt slechts op tegen de beslissing van het hof dat de verlenging van de periode van de ontucht door de wijziging van de tenlastelegging binnen de grenzen van hetzelfde feit valt. De Hoge Raad wijst echter eerst integraal op de criteria van hetzelfde feit in de Tjoelkerzaak en overweegt aan de hand daarvan dat het hof heeft geoordeeld ‘dat er een duidelijke verwantschap bestaat tussen de verschillende delictsomschrijvingen, waarvan de strekking niet wezenlijk uiteenloopt.’ Ook de overweging van het hof op de feitelijke kant van hetzelfde feit is volgens de Hoge Raad niet ondermaats. Ten aanzien van de verlenging van de periode van de ontucht met bijna een jaar neemt het hof hetzelfde feit aan omdat er sprake is van het vereiste verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen. De Hoge Raad ziet geen reden het arrest van het hof te vernietigen. De gedragingen hebben immers ‘naar aard, plaats en frequentie op gelijksoortige wijze plaats gevonden’. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het Hof heeft geoordeeld dat de desbetreffende gedragingen ‘moeten worden aangemerkt als één feitencomplex, voortvloeiend uit een en dezelfde (mede) seksueel georiënteerde duurzame relatie tussen de verdachte en dezelfde minderjarige’.

In het arrest van de Hoge Raad van 30 september 2003, NJ 2005, 70 heeft de inleidende tenlastelegging betrekking op (mede)plegen van doodslag, subsidiair zware mishandeling, de dood tengevolge hebbend en meer subsidiair mishandeling, de dood ten gevolge hebbend. Daaraan wordt in eerste aanleg in een meest subsidiaire tenlastelegging door een wijziging van de tenlastelegging art. 257 lid 2 Sr toegevoegd: het opzettelijk iemand, tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens de wet verplicht is, in hulpeloze toestand brengen en/of achterlaten. De verdachte zou door de wijziging van de tenlastelegging, *na* het genoemde geweldgebruik, opzettelijk hebben nagelaten tijdig medische hulp in te roepen voor haar (zwaar) mishandelde zoontje. De rechtbank neemt hetzelfde feit aan met een motivering die aansluit bij de criteria van de Hoge Raad in de Tjoelkerzaak. Het hof beslist op basis van de in eerste aanleg gewijzigde tenlastelegging en komt niet tot andere overwegingen dan de rechtbank. De Hoge Raad is van oordeel dat het hof ten onrechte niet gemotiveerd heeft beslist op het verweer van de verdediging dat de wijziging van de tenlastelegging in eerste aanleg geen betrekking heeft op hetzelfde feit. De Hoge Raad meent echter dat het arrest van het hof niet vernietigd behoeft te worden, omdat het hof slechts tot de beslissing kon komen dat het verweer verworpen moest worden, gelet op de in eerste aanleg toegewezen wijziging van de tenlastelegging. Volgens de Hoge Raad ligt in de overwegingen van de

⁶ Deze wijziging is in eerste aanleg gevorderd maar wordt door de rechtbank afgewezen. In hoger beroep wijst het hof de vordering toe.

rechtbank namelijk besloten dat zij *verwantschap* tussen de delictsomschrijvingen van voor en na de wijziging van de tenlastelegging heeft aangenomen en dat de gedragingen van voor en na de wijziging van de tenlastelegging zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte dat hetzelfde feit moet worden aangenomen en de strekking van de verschillende delictsomschrijvingen niet wezenlijk uiteenloopt. De Hoge Raad concludeert dat de rechtbank heeft beslist conform de criteria van hetzelfde feit. Het middel faalt daarom.

Een aardige illustratie van een geval waarin de tijd, de gedragingen én de delictsomschrijvingen voor en na de wijziging van de tenlastelegging uiteenlopen en toch hetzelfde feit wordt aangenomen, is het arrest van het Hof Amsterdam van 2 maart 2001, *NJ* 2001, 354. Aanvankelijk is de verdachte medeplegen van diefstal met verbreking van een auto op 5 oktober 1999 ten laste gelegd. In hoger beroep wordt daaraan door een wijziging van de tenlastelegging subsidiair toegevoegd medeplegen van opzet- resp. schuldheiling tussen 5 en 24 oktober 1999. De auto is namelijk op 23 oktober 1999, met een nieuwe achterraut met daarop een andere gravering van het kenteken, bij de verdachte aangetroffen. Het hof overweegt dat de gedragingen van diefstal en heiling elkaar weliswaar per definitie in tijd opvolgen, maar dat de tenlastelegging voor en na de wijziging niettemin op een wezenlijk punt dezelfde gedraging op het oog heeft, ook al is dat vanuit een ander, maar wel strafrechtelijk *verwant* perspectief.

Geconcludeerd kan worden dat in drie van de vier in deze subparagraaf genoemde arresten van de Hoge Raad het middel faalt in zaken waarin hoven hetzelfde feit hebben aangenomen. In het arrest van de Hoge Raad van 29 januari 2002, *DD* 2003 p. 539, vernietigt de Hoge Raad het arrest van een hof dat van een te beperkt feitsbegrip aan de feitelijke kant is uitgegaan. In drie van de vier arresten van de Hoge Raad en in dat van het Hof Amsterdam wordt tevens een andere gedraging en/of andere delictsomschrijving door de wijziging aan de tenlastelegging toegevoegd. In het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2002, *NJ* 2002, 536 is dat niet het geval, maar daarbij moet worden bedacht dat het deelnemen aan een criminele organisatie een voortdurend delict is.

In HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 536 en in HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 245 wordt de tenlastelegging in eerste aanleg gewijzigd. Dat gebeurt in hoger beroep in HR 29 januari 2002, *DD* 2003, p. 539, in HR 30 september 2003, *NJ* 2005, 70 en in Hof Amsterdam 2 maart 2000, *NJ* 2001, 354.

4.4 De overige rechtspraak over hetzelfde feit in het kader van de wijziging van de tenlastelegging

Het arrest van de Hoge Raad van 22 september 1998, *NJ* 1999, 8 heeft geen betrekking op de uitleg van hetzelfde feit. In hoger beroep wordt door een wijziging

van de tenlastelegging een nadere feitelijke omschrijving van de ten laste gelegde vernieling toegevoegd. De Hoge Raad heeft geen bezwaar tegen de door het hof toegewezen vordering van de P-G tot wijziging van de tenlastelegging en overweegt dat de vordering in hoger beroep ook betrekking kan hebben op het herstel van eenvoudige fouten in de tenlastelegging. De Hoge Raad neemt afstand van het middel, waarin wordt gesteld dat de wetgever wijzigingen in hoger beroep uitsluitend heeft bedoeld voor ingewikkeldere wijzigingen in omvangrijkere zaken en niet voor eenvoudige veranderingen.

In het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 2000, *NJ* 2001, 12 staat de vraag centraal of het recht tot strafvervolgning is verjaard. In deze zaak speelt de wijziging van de tenlastelegging een bescheiden rol. De aanvankelijke tenlastelegging in hoger beroep heeft betrekking op de overtreding van art. 30 lid 1 van de WAM, als kentekenhouder op de voor het verkeer openstaande weg een motorrijtuig laten staan van een motorrijtuig zonder dat een WA-verzekering is afgesloten en in stand is gehouden. Door een wijziging van de tenlastelegging wordt daaraan subsidiair art. 30 lid 2 van de WAM toegevoegd, het als kentekenhouder niet afsluiten en in stand houden van een WA-verzekering van een motorrijtuig. De rechtbank wijst de vordering tot wijziging van de tenlastelegging toe, omdat de beide strafbaarstellingen en het verwijt dat ten aanzien van overtreding daarvan moet worden gemaakt hetzelfde feit betreffen. De Hoge Raad overweegt slechts dat de tenlastelegging door de toegewezen wijziging geen ander feit is gaan inhouden. Deze kort gehouden overwegingen van de rechtbank en van de Hoge Raad kunnen ermee samenhangen dat de nadruk in deze zaak op de verjaring ligt of dat de wijziging van de tenlastelegging betrekking heeft op twee bijzonder verwante strafbare feiten, die bovendien slechts overtredingen zijn.

In het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 2004, *NJ* 2005, 121 wordt in de inleidende tenlastelegging een sergeant-instructeur van de Landmacht verweten dat hij met vijf aan zijn ambtelijke gezag onderworpen vrouwelijke soldaten in opleiding ontucht heeft gepleegd in de periode van 1 augustus 1999 tot en met 5 maart 2001, art. 249 lid 2 ten eerste Sr. Bij de in cassatie van belang zijnde leerlinge zou de ontucht in de periode van 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 mede hebben bestaan uit het dwingen tot het ondergaan van het seksueel binnendringen van het slachtoffer, door zijn tong in de mond van het slachtoffer te brengen in zijn afgesloten kamer op de kazerne. Door een wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep wordt dit laatste gedrag in een primaire tenlastelegging ondergebracht bij verkrachting, art. 242 Sr. De Hoge Raad is van oordeel dat de periode van 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 valt binnen de periode van de aanvankelijke tenlastelegging, de plaats dezelfde is, de gedragingen zijn verricht ten aanzien van dezelfde persoon en de strekking van de delictsomschrijvingen van ontucht en verkrachting niet wezenlijk van elkaar afwijken. Daarom slaagt het middel niet.

Het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2004, *NJ* 2004, 688 betreft de Cete-cozaak. In dit arrest wordt in hoger beroep aan de aanvankelijk ten laste gelegde oplichting door een wijziging van de tenlastelegging subsidiair het gebruik maken van een vals geschrift en meer subsidiair verduistering toegevoegd. Het hof wijst de vordering tot wijziging van de tenlastelegging ten aanzien van de meer subsidiair ten laste gelegde verduistering af omdat de verduistering niet hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr oplevert in vergelijking met de primair ten laste gelegde oplichting. Het hof heeft daarbij gelet op het totaal van de in de oorspronkelijke tenlastelegging ten laste gelegde feitelijke omschrijvingen in vergelijking met die van na de wijziging van de tenlastelegging. Deze motivering acht de Hoge Raad onbegrijpelijk omdat de tenlastelegging na de wijziging, voor wat betreft het tijdstip, de plaats, de medepleger(s) en de benadeelde(n) de van de verweten gedragingen juist niet afwijkt van de inleidende tenlastelegging in hoger beroep. Ten slotte is de Hoge Raad van oordeel dat de delictsomschrijvingen van oplichting en verduistering naar hun strekking niet wezenlijk uiteenlopen. Daarom vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof.⁷

In drie van de in deze paragraaf genoemde arresten van de Hoge Raad, evenals in de Tjoelkerzaak, nemen hoven hetzelfde feit aan. De Hoge Raad beslist dat het daartegen gerichte middel faalt. In het arrest van 26 oktober 2004, *NJ* 2004, 688 vernietigt de Hoge Raad het arrest van een hof dat uitgaat van een onjuiste waardering van de omstandigheden, die voor hetzelfde feit op de feitelijke pool van belang zijn, terwijl de strekking van oplichting en verduistering niet wezenlijk uiteenlopen. Het arrest van de Hoge Raad van 22 september 1998, *NJ* 1999, 8 heeft geen betrekking op de uitleg van hetzelfde feit maar op een eenvoudige verandering in het ten laste gelegde feit.

4.5 Enkele kanttekeningen bij de rechtspraak van de Hoge Raad over hetzelfde feit in het kader van de wijziging van de tenlastelegging

Omdat de rechter op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter zitting moet beslissen over de vraagpunten van de artt. 348 en 350 Sv is de rechter gebonden aan de door het OM opgestelde tenlastelegging. In paragraaf 4.2 is gebleken dat de rechter bevoegd is zelfstandig kennelijke fouten in de tenlastelegging te herstellen en de tenlastelegging zelfstandig te interpreteren.

⁷ Na de afsluiting van dit stuk nam ik kennis van het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2007, LJN: AZ5699, *NJB* 2007, afl. 21, p. 1321 (nr. 1132). Het belangrijkste onderdeel van dit arrest is dat een overtreding van een bijzondere wet, die onder de WED valt, in hoger beroep gewijzigd mag worden in een misdrijf, door toevoeging van opzet aan de overtreding. Daarbij wordt volgens de Hoge Raad binnen hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr gebleven in vergelijking met de overtreding in de aanvankelijke tenlastelegging!

Van de in deze bijdrage genoemde negen arresten van de Hoge Raad over 313 Sv is de tenlastelegging in twee arresten in eerste aanleg gewijzigd en in zeven arresten in hoger beroep. In het arrest van het Hof Amsterdam is de tenlastelegging eveneens in hoger beroep gewijzigd. De omstandigheid dat een ruime meerderheid van de arresten van de Hoge Raad betrekking heeft op wijzigingen in hoger beroep, maakt duidelijk dat de wetswijziging van 14 september 1995, in werking getreden op 2 november 1996, in een duidelijke behoefte heeft voorzien.

Zoals is gebleken in de vorige paragrafen, vormen de criteria van de Hoge Raad van hetzelfde feit aan de feitelijke en de juridische kant een tamelijk complex geheel. Het is dan ook niet toevallig dat de Hoge Raad in de arresten van 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, de Tjoelkerzaak, van 24 december 2002, *NJ* 2003, 245 en van 30 september 2003, *NJ* 2005, 8 de feitelijke en juridische criteria van hetzelfde feit integraal weergeeft. Daarmee maakt de Hoge Raad duidelijk dat het uitgangspunt is dat in iedere zaak de juridische én feitelijke criteria van hetzelfde feit, ook in het kader van art. 313 lid 2 Sv, beslissend zijn voor het al dan niet aannemen van hetzelfde feit.

Dat gebeurde alleen niet in het arrest van de Hoge Raad van 22 september 1998, *NJ* 1999, 8 omdat de wijziging van de tenlastelegging slechts betrekking had op een aanvulling van de tenlastelegging van vernieling met een nadere concrete gedraging.

De Hoge Raad ziet in geen van de vijf arresten van hoven en in het vonnis van een rechtbank waarin hetzelfde feit is aangenomen, reden het arrest of vonnis te vernietigen. Daarin zijn de feitelijke en/of juridische criteria van hetzelfde feit in acht genomen. In twee andere arresten van de Hoge Raad wordt een arrest van een hof vernietigd. Dat gebeurt in de arresten van de Hoge Raad van 29 januari 2002, *DD* 2003 p. 539 en van 26 oktober 2004, *NJ* 2004, 688. In het eerste arrest is het hof in de verhouding tussen het vervaardigen en het aanwezig hebben van XTC van een *te beperkte* uitleg van het feitsbegrip aan de feitelijke kant uitgegaan. In het tweede arrest heeft het hof zonder een nadere motivering op de feitelijke pool een onbegrijpelijk beslissing gegeven door niet hetzelfde feit aan te nemen 'gelet op het totaal van de feitelijke omstandigheden' terwijl deze volgens de Hoge Raad juist dezelfde zijn gebleven.

Op basis van de Wet Vormverzuimen, in werking getreden op 2 november 1996 heeft de Hoge Raad geen enkel arrest gewezen waarin een arrest of vonnis wordt gecasseerd omdat daaruit blijkt van een *te ruime* interpretatie van het hetzelfde feit. Daarom is het onduidelijk waar in de opvatting van de Hoge Raad de grens ligt tussen de omstandigheden waaronder hetzelfde feit moet worden aangenomen en waarin dat niet het geval is. Hoe ver kan de wijziging van de tenlastelegging in de opvatting van de Hoge Raad gaan?

Het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2002, *NJ* 2003, 245, m.nt YB is van belang voor het bepalen van de reikwijdte van hetzelfde feit op de feitelijke pool. In dit arrest wordt de ten laste gelegde periode van ontucht met een jongen,

door de wijziging van de tenlastelegging, met bijna een jaar verlengd, terwijl de delictsomschrijvingen van de ontucht worden aangepast aan de omstandigheid dat de jongen inmiddels 16 jaar is geworden. Het middel klaagt er slechts over dat het hof op de feitelijke pool de criteria van hetzelfde feit heeft miskend, door de vordering tot verlenging van de periode van de ontucht met bijna een jaar toe te wijzen. De Hoge Raad citeert eerst de feitelijke én de juridische criteria van hetzelfde feit in de Tjoelkerzaak. Aan de hand daarvan overweegt de Hoge Raad dat het hof een duidelijke verwantschap heeft aangenomen tussen de verschillende delictsomschrijvingen. Op de feitelijke pool kiest het hof voor een ruime uitleg van hetzelfde feit met de overweging dat er in dit geval sprake is van één feitencomplex, voortvloeiend uit een en dezelfde seksuele duurzame relatie met de jongen. De Hoge Raad interpreteert de laatste overweging van het hof zo dat daarin besloten ligt dat de seksuele contacten met een en dezelfde jongen voor en na de wijziging van de tenlastelegging naar aard, plaats en frequentie op gelijksoortige wijze plaats hebben gevonden zodat hetzelfde feit mag worden aangenomen. Daarom kan het middel niet tot cassatie leiden. Buruma merkt in zijn noot bij dit arrest op dat er in dit geval geen sprake is van een voortgezette handeling in de zin van art. 56 Sr, omdat daarvoor één wilsbesluit en meerdere min of meer kort daarna gepleegde, met elkaar in verband staande, strafbare feiten nodig zijn. Daarom moet er in de opvatting van de Hoge Raad van uitgegaan worden dat een verruimde uitleg van de voortgezette handeling, met als uitgangspunt de samenhang in de schuld van de verdachte in zijn seksuele relatie met de jongen, de tijdsduur van bijna een jaar kan overbruggen. Buruma acht deze opvatting van de Hoge Raad aanvaardbaar bij de wijziging van de tenlastelegging. In het kader van art. 68 Sr zou het gewijzigde gedeelte van de tenlastelegging wellicht niet hetzelfde feit hebben opgeleverd. Dit kleine verschil acht Buruma aanvaardbaar omdat de ratio van de beperking tot hetzelfde feit bij art. 313 Sv z.i. is een goede procesvoorbereiding voor de verdediging mogelijk te maken. Corstens kiest in dit geval voor het uitgangspunt dat de wijziging van de tenlastelegging niet hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr betreft en de wijziging van de tenlastelegging ook niet nodig is, omdat het OM de verdachte voor het nu gewijzigde deel opnieuw kan vervolgen.⁸

In het arrest van 26 oktober 2004, *NJ* 2004, 688 neemt de Hoge Raad een ruime uitleg van hetzelfde feit aan op de juridische pool in de verhouding tussen de aanvankelijk ten laste gelegde oplichting en de door de wijziging van de tenlastelegging subsidiair toegevoegde verduistering. Het hof wijst de vordering tot wijziging van de tenlastelegging af 'gelet op het geheel van de feitelijke omschrijvingen'. De Hoge Raad vernietigt dit arrest omdat de wijziging van de tenlastelegging naar tijdstip, plaats, mededader(s) en slachtoffer(s) van de verweten gedragingen niet afwijkt van de oorspronkelijke tenlastelegging, terwijl de delictsomschrijvingen van oplichting

⁸ In *het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 536.

en verduistering naar hun strekking niet wezenlijk uiteenlopen. Met deze laatste overweging volstaat de Hoge Raad op de juridische pool. Kennelijk ziet de Hoge Raad in dit geval geen mogelijkheid het criterium van de verwantschap tussen deze delictsomschrijvingen aan te nemen. De oplichting staat in de Titel Bedrog en de verduistering in de Titel Verduistering. Op beide misdrijven was ten tijde van het delict een gevangenisstraf gesteld van ten hoogste drie jaren. De Hoge Raad ziet tussen deze beide delictsomschrijvingen kennelijk onvoldoende overeenkomsten om verwantschap aan te nemen. De overeenkomst tussen beide delictsomschrijvingen is dat ze vermogensdelicten zijn, de verschillen bestaan in de wijze waarop ze plaats vinden. Bij de oplichting beweegt de dader een ander een goed af te geven met list of bedrog, terwijl bij verduistering de dader zich een goed toeëigent dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft.

In het onderzoeksproject Strafvordering 2001 doet Harteveld het voorstel aan de wetgever de wijziging van de tenlastelegging niet alleen toe te laten ter zake van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr maar ook daarbuiten, als het OM en de verdediging daarmee instemmen.⁹ Daar is geen bezwaar tegen als gekeken wordt naar het verschil in ratio van beide bepalingen. De belangrijkste strekking van art. 68 Sr is dat het voor de maatschappij in het algemeen en voor de verdachte in het bijzonder onaanvaardbaar is dat iemand meermaals voor hetzelfde feit terecht moet staan en meermaals voor hetzelfde feit kan worden veroordeeld. Bij de wijziging van de tenlastelegging staat voorop dat voorkomen moet worden dat in de eerste vervolging maatschappelijk onaanvaardbare einduitspraken volgen, zoals een vrijspraak of een o.v.a.r., die door een wijziging van de tenlastelegging kunnen worden voorkomen. Het kan voor de verdediging onder omstandigheden aantrekkelijk zijn dat de verdachte in de eerste vervolging tevens terechtstaat voor een feit dat niet hetzelfde feit oplevert als het feit van de aanvankelijke tenlastelegging. Dat is met name het geval bij zwaardere misdrijven, omdat het OM de verdachte waarschijnlijk alsnog zal vervolgen voor het feit, waarvoor de betreffende instemming van de verdediging ontbreekt. Een dergelijk geval deed zich volgens Buruma en Corstens voor in het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2002, *NJ* 2003, 254. Als de verdediging in dit geval had ingestemd met de wijziging van de tenlastelegging, zou in de opvatting van Harteveld de vervolging van beide feiten in de zin van art. 68 Sr ongetwijfeld in een keer hebben kunnen plaatsvinden. Het is de vraag of de wetgever daaraan nadere voorwaarden moet stellen. Zo lijkt mij een wijziging van de tenlastelegging misplaatst als die bestaat uit een totaal ander strafbaar feit en bovendien, bijv. door allerlei bewijsverwikkelingen, het onderzoek ter zitting domineert.

⁹ 'Positie OM in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting; de tenlastelegging als grondslag voor het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 192.

De beide criteria van het feitsbegrip in de zin van art. 68 Sr en van art. 313 Sv komen in de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf het Tjoelkerarrest niet uit de lucht vallen. Ze zijn een vervolg op de rechtspraak van de Hoge Raad sinds de zestiger jaren van de vorige eeuw, waarin de Hoge Raad een middenkoers is gaan varen tussen een ruim uitgelegd feit in de vorm van dezelfde ten laste gelegde gedraging in de periode van 1886 tot 1932 en een restrictief uitgelegd feitsbegrip op basis van de vergelijking van – grofweg gezegd – het al gauw uiteenlopende karakter van de strafbare feiten in de periode van 1932 tot het begin van de zestiger jaren. Illustratief voor de middenkoers is het arrest van de Hoge Raad van 21 november 1961, *NJ* 1962, 89 m.nt. B.V.A.R., de Emmense bromfietser, waarin de feitelijke en het juridische criteria van hetzelfde feit van de Hoge Raad vrijwel geheel overeenkomen met die in het Tjoelkerarrest.

5. Ten slotte

In par. 4.2 is gebleken dat de competentieregels tegenwoordig zo zijn geformuleerd dat verwikkelingen in verband met het ne bis in idem van art. 68 Sr vrijwel altijd worden voorkomen.

In de paragrafen 4.3 en 4.4 is vastgesteld dat de tenlastelegging niet goed afgestemd kan zijn op de betrokken delictsomschrijving(en) of op de feiten. Ook kan het OM er behoefte aan hebben de tenlastelegging te wijzigen om meer (onderdelen van) delictsomschrijvingen en/of gedragingen in de tenlastelegging op te nemen. Door een wijziging van de tenlastelegging kan worden voorkomen dat iemand twee keer wordt vervolgd voor hetzelfde feit. De wijziging van de tenlastelegging is door de Wet Vormverzuimen van 14 september 1995, *Stb.* 441, in werking getreden op 2 november 1996, mogelijk geworden in elke fase van het onderzoek ter zitting van elke feitenrechter. Daardoor kunnen ongelukkige of onjuiste afstemmingen van aanvankelijke tenlasteleggingen op het recht of op de feiten tijdens het onderzoek van elke feitenrechter door een wijziging van de tenlastelegging gerepareerd worden. Ook kan het OM de tenlastelegging uitbreiden met een of meer andere strafbare feiten of feitelijke veranderingen omdat dit opportuun wordt geacht. Een wijziging van de tenlastelegging wordt in geen geval toegelaten, als daarvan het gevolg is dat de tenlastelegging niet meer hetzelfde feit inhoudt in de zin van art. 68 Sr.

Intussen zal het regelmatig blijven voorkomen dat de rechter de verdachte bijv. vrijspreekt omdat hij de al dan niet gewijzigde tenlastelegging niet bewezen acht. Die vrijspraak berust er dan op dat hij niet de overtuiging heeft gekregen dat het ten laste gelegde feit door wettige bewijsmiddelen is bewezen.

In de paragrafen 4.3 en 4.4 is ook gebleken dat de Hoge Raad in alle daarvoor in aanmerking komende arresten van de afgelopen 10 jaren de feitelijke en juridische criteria van hetzelfde feit, zoals geformuleerd in het Tjoelkerarrest, heeft gebruikt in het kader van het wijzigen van de tenlastelegging. In zes van de negen arresten van

de Hoge Raad faalt het middel omdat de feitenrechter deze criteria in acht heeft genomen, terwijl twee keer een arrest van een hof wordt vernietigd omdat daaruit niet blijkt van een juiste opvatting over hetzelfde feit. In het negende arrest komen de criteria voor hetzelfde feit niet aan de orde omdat de wijziging slechts betrekking heeft op een kleine verandering binnen het ten laste gelegde feit.

Het is niet uitgesloten dat in de lagere rechtspraak het ne bis in idem van art. 68 Sr na de invoering van de wet Vormverzuimen nog wordt toegepast. Maar dat zal minder vaak het geval zijn, gelet op hetgeen in paragraaf 4.2 is besproken over de huidige regeling van de rechterlijke competentie en gelet op de in de paragrafen 4.3 en 4.4 behandelde mogelijkheid dat de tenlastelegging ter zitting van elke feitenrechter kan worden gewijzigd.

Omdat de tenlastelegging sinds 2 november 1996 gewijzigd kan worden in elke fase van het onderzoek ter zitting van elke feitenrechter, is het starre karakter van de tenlastelegging, als voorwerp van onderzoek ter zitting, bovendien in belangrijke mate afgezwakt. De grondslagleer is daardoor minder strikt geworden. Het grondslagstelsel zelf blijft echter intact, omdat een vordering van het OM voor een wijziging van de tenlastelegging nodig is. Het argument van de tegenstanders van de grondslagleer dat de striktheid van de tenlastelegging ongelukkig uitvallende vrijspraken of ontslagen van rechtsvervolging veroorzaakt, is daarmee grotendeels vervallen. Dat zal in de discussie tussen de voor- en tegenstanders van de grondslagleer moeten worden meegewogen.